



Republika Slovenija

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil

Številka: 018-055/2020-9

S K L E P

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011, s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) in na podlagi 18. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 73/07, s sprem.; v nadaljevanju: ZPP) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN v senatu Tadeje Pušnar kot predsednice senata, ter Sama Červeka in dr. Mateje Škabar, kot članov senata, v postopku pravnega varstva za »*Podelitev koncesije za opravljanje gospodarske javne službe 24 urne dežurne pogrebne službe v Občini Komenda*«, na podlagi zahtevka za revizijo ponudnika POGREBNIK, pogrebne storitve Dvorje, d.o.o., Dvorje 13, Cerklje na Gorenjskem (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Občina Komenda, Zajčeva cesta 23, Komenda (v nadaljevanju: naročnik), dne 28. 4. 2020

o d l o č i l a:

1. Zahtevak za revizijo se zavrže.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.

O b r a z l o ž i t e v:

Naročnik je dne 13. 1. 2020 na Portalu javnih naročil, pod številko JN000133/2020-U01, objavil obvestilo o koncesiji za opravljanje gospodarske javne službe 24 urne dežurne pogrebne službe v Občini Komenda za obdobje 10 let.

Naročnik je z dokumentom »*Odločitev o oddaji koncesije za opravljanje gospodarske javne službe 24 urne dežurne pogrebne službe v Občini Komenda*«, št. 430-0002/2020-17 z dne 5. 3. 2020 (v nadaljevanju: odločitev o oddaji koncesije), predmetno koncesijo oddal v izvedbo ponudniku Komunalno podjetje Kamnik d.o.o., Mekinje, Cankarjeva cesta 11, Kamnik (v nadaljevanju: izbrani ponudnik). Iz obrazložitve navedenega dokumenta izhaja, da je naročnik za vlagateljevo ponudbo ugotovil, da ni dopustna in izbral ponudbo izbranega ponudnika, ki je glede na merilo za oddajo javnega naročila druga ekonomsko najugodnejša in dopustna.

Vlagatelj je z vlogo z dne 17. 3. 2020 pravočasno vložil zahtevak za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev odločitve o oddaji koncesije in povrnitev stroškov pravnega varstva. Zatrjuje, da naročnik ni ravnal skladno z določbami lastne dokumentacije in Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), ko je ugotovil, da Elaborat o ceni izvajanja 24-urne dežurne službe (v nadaljevanju: Elaborat) ni izdelan v skladu z Uredbo o metodologiji za oblikovanje cen 24-urne dežurne službe (Uradni list RS, št.

5/18, v nadaljevanju: Uredba) in iz tega razloga ponudbo vlagatelja označil kot nedopustno. Zatrjuje, da je odločitev o oddaji koncesije v nasprotju z 90. členom ZJN-3, saj je kontradiktorna in ni obrazložena do te mere, da bi bilo jasno, zakaj je naročnik štel, da Elaborat vlagatelja ni ustrezen. Nadalje navaja, da naročnik napačno razlaga dejansko stanje, ko ugotavlja, da je Elaborat pomanjkljiv, ker ne vsebuje prikaza sodil za razporejanje prihodkov in odhodkov na posamezne gospodarske javne službe in izkaza poslovnega izida razdeljenega na posamezne gospodarske javne službe in druge dejavnosti. Opozarja, da skladno z Odlokom o podelitvi koncesije za opravljanje gospodarske javne službe 24 - urne dežurne pogrebne službe v Občini Komenda (Uradne objave Glasila Občine Komenda (4/2019), v nadaljevanju: Odlok) naročnik nima pravne podlage za zahtevo po Elaboratu. Zatrjuje, da pogrebno dejavnost večinoma ne izvaja v obliki koncesije ali drugi obliki izvajanja gospodarske javne službe, ampak kot tržno dejavnost, posledično niti ne razpolaga s podatki na podlagi katerih bi lahko oblikoval ločena stroškovna mesta za vsako gospodarsko javno službo (t.i. sodila). Upošteva navedeno navaja, da zahteve Uredbe zanj niso relevantne, saj bi lahko šele v primeru izbora v predmetni zadevi pripravil prvi Elaborat. Poudarja, da pogrebne dejavnosti v Občini Vodice ni izvajal v obliki, ki bi bila skladna z Zakonom o gospodarskih javnih službah (Uradni list RS, št. 32/93, s sprem.; v nadaljevanju: ZGJS), nenazadnje pa je bila pogodba za izvajanje teh storitev sklenjena pred veljavnostjo Uredbe, zaradi česar določila slednje (in zahteva po oblikovanju sodil) zanj ne veljajo. Vlagatelj dodaja, da z izkazom poslovnega izida za posamezne gospodarske javne službe ne razpolaga; splošne stroške za prihodnje proračunsko obdobje pa je razdelil po ocenjenem deležu glede na preteklo leto; da so 35-Slovenski računovodski standardi (2016) (Uradni list RS, št. 95/15, s sprem.) obvezni le za velika in srednja podjetja; da bi naročnik vpogled v le-te lahko opravil preko informacijskega sistema AJPES (objavljena letna poročila) ali pa vlagatelja pozval na dodatna pojasnila ali dopolnitve.

Naročnik je z dokumentom z dne 18. 3. 2020, skladno s prvim odstavkom 27. člena ZPVPJN, kopijo zahtevka za revizijo posredoval izbranemu ponudniku in ga seznanil s pravico do opredelitve do revizijskih navedb. Iz dokumentacije naročnika izhaja, da v zakonsko določenem roku, niti kasneje, ni prejel odgovora oziroma izjasnitve s strani izbranega ponudnika.

Naročnik je z dokumentom z dne 31. 3. 2020 zavrnil zahtevek za revizijo in vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov. Zatrjuje, da je v odločitvi o oddaji koncesije dvakrat navedel, da predloženi Elaborat vlagatelja ni skladen z Uredbo, ker ne izpolnjuje 12. in 13. alineje 9. člena Uredbe. Opozarja na spremenjeni 16. člen Odloka (Odlok o spremembah in dopolnitvah odloka o podelitvi koncesije za opravljanje gospodarske javne službe 24 - urne dežurne pogrebne službe v občini Komenda, Uradne objave Glasila Občine Komenda (9/2019)) skladno s katerim se Elaborat Občinskemu svetu predloži v le seznanitev in ne v sprejem, pa tudi na 6. člen Odloka, ki določa, da mora razpis vsebovati ostale pogoje določene s predpisi, ki urejajo področje koncesijskih storitev (med katere sodi tudi Elaborat). Zatrjuje, da so bile zahteve vlagatelju znane in jasne, ne le iz predmetnega postopka, pač pa tudi z predhodnega postopka. Navaja še, da bi vlagatelj v primeru nejasnosti ali dvoma na to lahko opozoril in zahteval popravek dokumentacije. Na Portalu javnih naročil so bila v predmetnem postopku postavljena tudi vprašanja v zvezi s sodili, na katera je naročnik podal pojasnila za pripravo Elaborata, ti odgovori pa so sestavni del dokumentacije. Naročnik pojasnjuje, da je ob upoštevanju predpisov posameznih občin ugotovil, da je vlagatelj v eni od občin (Občina Vodice) opravljal dve dejavnosti, in sicer pokopališko in pogrebno dejavnost, zaradi česar bi moral imeti, skladno z določili koncesijske pogodbe iz tega razmerja, že na podlagi obstoječega razmerja vzpostavljena sodila za razporejanje splošnih prihodkov in splošnih

odhodkov za gospodarsko javno službo ter za tržno dejavnost posebej. V zvezi z izkazi poslovnega izida pa opozarja na veljavo Slovenskih računovodskih standardov (iz leta 2016) – 32, ki zavezujejo ne le velika in srednja podjetja, pač pa vse organizacije, ki opravljajo gospodarske javne službe, kar velja tudi za vlagatelja. Ker je iz vlagateljevih navedb v Elaboratu nedvoumno razvidno, da s tovrstnimi poslovnimi izkazi ne razpolaga, ga naročnik tudi ni mogel pozvati k dopolnitvi ali pojasnilom.

Naročnik je Državni revizijski komisiji z vlogo z dne 1. 4. 2020 odstopil dokumentacijo v zvezi z oddajo predmetne koncesije in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka. Državna revizijska komisija je z dopisom z dne 9. 4. 2020, skladno s četrtem odstavkom 29. člena ZPVPJN, naročnika pozvala na odstop manjkajoče dokumentacije, naročnik je dopolnitev odstopil dne 10. 4. 2020.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 3. 4. 2020 opredelil do naročnikovih navedb in vztraja pri revizijskih navedbah ter dodaja, da se naročnik v sklepu, s katerim je zavrnil zahtevek za revizijo, neutemeljeno sklicuje na predhodni postopek. Opozarja, da naročnik s spremembo Odloka ni spremenil 16. člena le v delu: »v sprejem cenik storitev javne službe« tako, da se navedeni del glasi: »v seznanitev cenik storitev javne službe«, pač pa iz spremembe Odloka izhaja, da naročnik ne določa več, da mora biti cenik skladen »z določili metodologije za oblikovanje cen 24 – urne dežurne službe ter določili odloka o določanju cen GJS v občini Komenda.«. Zatrjuje, da sklicevanje naročnika na odgovore na Portalu javnih naročil zanj ni relevantno, saj objektivno ni razpolagal s podatki za oblikovanje Elaborata; da obveznosti po koncesijski pogodbi med vlagateljem in Občino Vodice ne morejo biti predmet presoje pred Državno revizijsko komisijo.

Po pregledu odstopljene dokumentacije o javnem naročilu ter preučitvi navedb vlagatelja in naročnika je Državna revizijska komisija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, ki so navedeni v nadaljevanju.

Po prejemu zahtevka za revizijo je Državna revizijska komisija dolžna najprej (pred vsebinsko obravnavo zahtevka za revizijo) preveriti obstoj procesnih predpostavk, med drugim tudi, ali je Državna revizijska komisija pristojni organ za odločanje o zadevi. V kolikor je Državna revizijska komisija pristojni organ za reševanje spora med strankama (in so izpolnjene tudi druge procesne predpostavke), Državna revizijska komisija o zahtevku za revizijo odloči meritorno, v nasprotnem primeru se mora Državna revizijska komisija (ob smiselni uporabi 18. člena ZPP v povezavi prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN) izreči za nepristojno, zahtevek za revizijo pa, brez vsebinske obravnave, zavreči.

Pravno varstvo ponudnikov, naročnikov in javnega interesa v postopkih oddaje javnih naročil ureja ZPVPJN, ki pravno varstvo zoper kršitve v postopkih javnega naročanja zagotavlja v predrevizijskem postopku, v revizijskem postopku, ki poteka pred Državno revizijsko komisijo in v sodnem postopku (2. člen ZPVPJN). Pravno varstvo v predrevizijskem in revizijskem postopku, ki ju ureja ZPVPJN, pa je skladno z Zakonom o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/06; v nadaljevanju: ZJZP) predvideno tudi za tiste primere, ko se za sklenitev javno-zasebnega partnerstva uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradenj (62. člen ZJZP), skladno z Zakonom o nekaterih koncesijskih pogodbah (Uradni list RS, št. 9/19; v nadaljevanju: ZNKP) pa tudi za primere nekaterih koncesijskih pogodb. Na podlagi navedenega lahko Državna revizijska komisija odloča o zahtevkih za revizijo, ki so vloženi v postopkih oddaje javnih naročil in v postopkih sklepanja javno-zasebnega partnerstva, v katerih se za sklenitev javno-zasebnega partnerstva

uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradnje ter postopkih oddaje koncesij, v primerih, ki jih določa ZNKP. V predmetnem postopku »*Podelitev koncesije za opravljanje gospodarske javne službe 24 urne dežurne pogrebne službe v Občini Komenda*« je tako potrebno najprej ugotoviti, ali je postopek, v katerem je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo, mogoče opredeliti kot postopek oddaje javnega naročila, v katerih se za sklenitev javno-zasebnega partnerstva uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradnje, v kolikor Državna revizijska komisija ugotovi, da je narava postopka koncesija storitev, pa je potrebno ugotoviti, ali le-ta sodi v področje koncesij za katere se uporablja ZNKP.

Skladno s 4. točko 5. člena ZJZP je »*razmerje javno-zasebnega partnerstva*« razmerje med javnim in zasebnim partnerjem v zvezi z javno-zasebnim partnerstvom, tako razmerje pa se lahko izvaja kot razmerje pogodbenega partnerstva (pogodbeno partnerstvo) ali razmerje statusnega partnerstva (statusno partnerstvo). Skladno s 5. točko 5. člena ZJZP je »*pogodbeno partnerstvo*« oblika razmerja javno-zasebnega partnerstva, ki se lahko izvaja kot javnonaročniško partnerstvo ali koncesijsko partnerstvo.

Iz 6. točke 5. člena ZJZP izhaja, da je »*javnoročniško partnerstvo*« oblika pogodbenega javno-zasebnega partnerstva, kot je opredeljeno v drugi alineji 26. člena ZJZP, in sicer gre za odplačno razmerje med naročnikom in dobaviteljem blaga, izvajalcem gradenj ali izvajalcem storitev, katerega predmet je naročilo blaga, izvedba gradnje ali storitve.

Skladno s 7. točko 5. člena ZJZP je »*koncesijsko partnerstvo*« oblika pogodbenega javno-zasebnega partnerstva, kot je opredeljeno v prvi alineji 26. člena ZJZP, in sicer gre za dvostransko pravno razmerje med državo oziroma samoupravno lokalno skupnostjo ali drugo osebo javnega prava kot koncedentom in pravno ali fizično osebo kot koncesionarjem, v katerem koncedent podeli koncesionarju posebno ali izključno pravico izvajati gospodarsko javno službo oziroma drugo dejavnost v javnem interesu, kar lahko vključuje tudi zgraditev objektov in naprav, ki so deloma ali v celoti v javnem interesu.

Pravila o tem, kdaj je treba določeno razmerje šteti kot koncesijo in kdaj kot javno naročilo, so določena v 27. in 28. členu ZJZP. V zvezi z razmejitvijo med javnonaročniškim in koncesijskim partnerstvom ZJZP v prvem in drugem odstavku 27. člena določa, da se v primeru, če nosi javni partner (t.j. država ali samoupravna lokalna skupnost ali druga oseba javnega prava) večino ali celotno poslovno tveganje izvajanja projekta, javno-zasebno partnerstvo šteje za javnonaročniško, v nasprotnem primeru pa gre za koncesijsko partnerstvo. Torej se koncesija od javnega naročila razlikuje po tem, da ekonomsko tveganje posla nosi oseba zasebnega in ne oseba javnega prava.

Vsebinsko primerljivo pa izhaja tudi iz prava Evropske unije (skladno s pravom Evropske unije niti ni ključno kako je razmerje opredeljeno v pravnem redu države članice, ampak ali je storitev tudi po vsebini storitev, kot jo določa pravo Evropske unije). Iz 9. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24 izhaja, da opredeljuje javna naročila kot pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več javnimi naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev (javna naročila storitev pomenijo javna naročila, katerih predmet je izvajanje storitev), koncesije storitev pa so v b) alineji 1. točke prvega pododstavka 5. člena Direktive 2014/23 opredeljene kot pisno sklenjene odplačne pogodbe, s katero eden ali več javnih naročnikov ali naročnikov opravljanje in upravljanje storitev, razen izvajanja gradenj iz točke (a), zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe storitev, ki so

predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom (prim. odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-214/2016).

Iz primerjave navedenih opredelitev pojmov javno naročilo storitev in koncesija storitev je razvidno, da je razlika med javnim naročilom storitev in koncesijo storitev v protidajatvi za opravljanje storitev, enako pa izhaja tudi iz prakse Sodišča Evropske unije.

Pri javnem naročilu storitev naročnik plača neposredno ponudniku storitev, medtem ko plačilo pri koncesiji za storitve obsega pravico izkoriščanja storitve oziroma to pravico skupaj s plačilom (prim. sodbi Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) proti Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, točka 51 in Domenico Politanò, C-225/15 z dne 8. 9. 2016, ECLI:EU:C:2016:645, točka 30). Takrat, ko dogovorjeni način plačila izhaja iz pravice ponudnika, da izkorišča svojo storitev, ta način plačila pomeni, da ponudnik prevzame tveganje, povezano z opravljanjem zadevnih storitev (sodba Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) proti Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, točka 59). Čeprav je torej način plačila eden od odločilnih dejavnikov za opredelitev koncesije za storitve, pa iz prakse Sodišča Evropske unije izhaja, da pri koncesiji za storitve koncesionar prevzame tudi tveganje, povezano z opravljanjem zadevnih storitev. Če se tveganje, povezano z opravljanjem storitev, ne prenese na ponudnika, je zadevna dejavnost javno naročilo storitev sicer pa koncesija za storitve (prim. sodbi Norma-A SIA, Dekom SIA proti Latgales plānošanas reģions, pravnemu nasledniku Ludzas novada dome, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721, točka 44 in Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler proti Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130, točka 26). Tveganje opravljanja ekonomskih storitev je treba razumeti kot tveganje za izpostavljenost tržnim tveganjem, ki lahko povzroči tveganje neusklajenosti med ponudbo in povpraševanjem po storitvah, tveganje plačilne nesposobnosti dolžnikov za opravljene storitve, tveganje za konkurenco s strani drugih ponudnikov, tveganje nekritja stroškov poslovanja s prihodki ali tveganje za odgovornost za škodo v zvezi z neizpolnitvijo storitev (prim. sodbi Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler proti Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130, točka 37 in Norma-A SIA, Dekom SIA proti Latgales plānošanas reģions, pravnemu nasledniku Ludzas novada dome, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721, točka 48; prim. tudi uvodno izjavo 18, 19, 20 Direktive 2014/23). Pri čemer tveganja, ki so povezana s slabim upravljanjem ali napakami pri presoji gospodarskega subjekta, niso odločilna za opredelitev pogodbe kot javnega naročila ali koncesije za storitve, saj so del vsake pogodbe ne glede na to, ali gre za javno naročilo ali koncesijo za storitve (sodbi Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler proti Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130, točka 38 in Norma-A SIA, Dekom SIA proti Latgales plānošanas reģions, pravnemu nasledniku Ludzas novada dome, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721, točka 49), (prim. tudi odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-214/2016).

Čeprav je ekonomsko tveganje, povezano z izkoriščanjem, lahko – zaradi pravil javnega prava v zvezi z opravljanjem storitve – že od začetka zelo omejeno, je za to, da se posel opredeli za koncesijo za storitev, potrebno, da naročnik na koncesionarja prenese celotno ali vsaj znaten del tveganja, povezanega z izkoriščanjem storitve, ki mu je izpostavljen (prim. sodba Norma-A SIA, Dekom SIA proti Latgales plānošanas reģions, pravnemu nasledniku Ludzas novada dome, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721, točki 45 in 50; prim. tudi uvodno

izjavo 19 Direktive 2014/23; gl. tudi prvi odstavek 27. člena ZJZP). Če pa se tveganje, povezano z opravljanjem službe, sploh ne prenese na ponudnika, je zadevno ravnanje - kot že navedeno - javno naročilo storitev (prim. sodbo Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) proti Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, točka 68). Pri ugotavljanju prenosa tveganja na ponudnika pa se ne smejo upoštevati splošna tveganja, ki izhajajo iz spremembe predpisov v obdobju izvajanja pogodbe (sodba Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) proti Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, točka 79).

V obravnavani zadevi je, skladno z 2. točko I. poglavja dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju: razpisna dokumentacija) in 4. členom Vzorca pogodbe, predmet javnega razpisa podelitev koncesije za opravljanje gospodarske javne službe 24 – urne dežurne pogrebne službe v Občini Komenda (v nadaljevanju tudi: razpisana storitev). 24 – urna dežurna pogrebna služba obsega *»vsak prevoz od kraja smrti do hladilnih prostorov izvajalca javne službe ali najbližjega zdravstvenega zavoda zaradi obdukcije pokojnika, odvzema organov oziroma drugih postopkov na pokojniku in nato do hladilnih prostorov izvajalca javne službe, vključno z uporabo le-teh«* (5. člen Vzorca pogodbe). Gre torej za storitve kot jih opredeljuje prvi odstavek 8. člena Zakona o pogrebni in pokopališki dejavnosti (Uradni list RS, št. 62/16; v nadaljevanju: ZPPDej) in 2. člen Odloka, ki sta skladno s 3. točko I. poglavja razpisne dokumentacije tudi pravna podlaga za predmetni razpis.

Ker je za razmejitev ali gre v predmetnem postopku za javno naročilo storitev ali koncesijo storitev ključno vprašanje načina plačila za opravljene storitve, Državna revizijska komisija najprej ugotavlja kako se financira razpisana storitev.

ZPPDej, ki ureja pogrebno in pokopališko dejavnost določa, da le-ta predstavlja obvezno občinsko gospodarsko javno službo, ki se izvaja v skladu z ZGJS. V prvem odstavku 16. člena ZPPDej določa, da mora stroške pogreba poravnati naročnik pogreba (oseba, ki je po zakonu, ki ureja dedovanje, pokojnikov zakoniti dedič prvega ali drugega dednega reda, ali oseba, ki je s pokojnikom stalno živela oziroma ga je morala po predpisih vzdrževati in zanj skrbeti, ali njegov pooblaščenec), v drugem odstavku istega člena pa, da mora stroške pogreba poravnati občina, ki je prijavila pokop, v primerih kadar naročnika pogreba ni. Skladno s šestim odstavkom 16. člena ZPPDej se navedeni določili tega člena smiselno uporabljata tudi za stroške 24-urne dežurne službe, iz česar izhaja, da storitve razpisane dejavnosti plača *»uporabnik«* oziroma naročnik le-teh. Vsebinsko enaka opredelitev vira in načina financiranja razpisanih storitev izhaja tudi iz Odloka, ki v 18. členu določa, da se 24 – urna dežurna služba financira iz plačil za storitve, ki jih izvajalec zaračunava uporabnikom v skladu z veljavnim cenikom v svojem imenu in za svoj račun.

Državna revizijska komisija z vpogledom v razpisno dokumentacijo ugotavlja, da je naročnik tudi v okviru Vzorca pogodbe v 10. členu določil, da je koncesionar med drugim dolžan zaračunavati storitve skladno z vsakokrat veljavnim sklepom Občinskega sveta o določitvi cen koncesionirane storitve; v 15. členu Vzorca pogodbe pa je določil, da koncesionar sredstva pridobiva iz: *» prihodkov iz naslova 24-urne dežurne službe za pogrebno dejavnost in iz drugih virov kot na primer subvencija občine.«* Iz opredelitve načina financiranja, ki ga določa ZPPDej, Odlok in na podlagi pravice zaračunavanja opravljenih storitev, ki jo določa Vzorec pogodbe, je mogoče razbrati, da izvajalec razpisane storitve prejema plačila neposredno od uporabnikov storitev javne službe, od naročnika (t.j. občine) pa le izjemoma, v

primerih kadar ni naročnika storitev (pokojnikovega zakonitega dediča prvega ali drugega dednega reda, ali osebe, ki je s pokojnikom stalno živela oziroma ga je morala po predpisih vzdrževati in zanj skrbeti, ali njegovega pooblaščenca) in v primeru morebitnih pridobitev sredstev iz naslova subvencij. S sklenitvijo pogodbe izvajalec razpisanih storitev torej pridobi pravico zahtevati plačilo od tretjih oseb, ne pa tudi pravice zahtevati plačilo za opravljene storitve neposredno od naročnika (t.j. občine), kar ustreza zahtevi za »nadomestilo« oziroma protidajatev, kot jo določa b) alineja 1. točke prvega pododstavka 5. člena Direktive 2014/23, za koncesije storitev (pisno sklenjene odplačne pogodbe, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe storitev, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom) (gl. tudi prvo alinejo 27. člena ZJZP). Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da je razpisano storitev glede na zagotovljeno protidajatev oziroma upošteva način financiranja mogoče opredeliti kot koncesijo storitev.

Vendar kot je Državna revizijska komisija že ugotovila, je način plačila le eden od odločilnih dejavnikov za razmejitev med javnim naročilom storitev in koncesijo za storitve, saj je za razmejitev med slednjima ključno tudi vprašanje kdo prevzame tveganje povezano z opravljanjem zadevnih storitev. Da se torej posel opredeli za koncesijo storitev je potrebno, da naročnik na izvajalca prenese celotno ali vsaj znaten del tveganja povezanega z izkoriščanjem storitve, ki mu je izpostavljen. Kot izhaja iz zgoraj navedene prakse Sodišča Evropske unije gre kot tveganje povezano z izkoriščanjem razumeti tveganje zaradi izpostavljenosti tržnim tveganjem, ki se lahko med drugim izrazi kot tveganje konkurence s strani drugih ponudnikov, tveganje neusklajenosti med ponudbo in povpraševanjem po storitvah, tveganje plačilne nesposobnosti dolžnikov za opravljene storitve, tveganje, da stroškov poslovanja ne bo mogoče pokriti s prihodki, ali tveganje za odgovornost za škodo v zvezi z neizpolnitvijo storitev.

Državna revizijska komisija z vpogledom v razpisno dokumentacijo ugotavlja, da iz Obrazca predračuna, ki je sestavni del razpisne dokumentacije izhaja ocena predvidene letne »količine« oziroma predvideno število izvedenih letnih storitev (glede na število opravljenih storitev v preteklih obdobjih). Čeprav je uporaba storitev razpisane javne službe obvezna za vse (5. člen ZGJS v povezavi z ZPPDej), to še ne pomeni, da bo izvajalec opravil razpisane storitve v določenem ali zagotovljenem obsegu, saj niti iz ZPPDej, niti Odloka ali razpisne dokumentacije ne izhaja naročnikova zaveza za minimalno zagotovljeno količino storitev, ki bi jih izvajalec moral opraviti, le-ta pa glede na naravo storitev (pogrebna dejavnost) lahko niha. Navedena ocena v Obrazcu predračuna predstavlja le »pomoč« za oblikovanje cene storitve in ne zagotovi, da bo izvajalec izvedel določen ali minimalen obseg razpisanih storitev. Obseg izvajanja teh storitev je tako odvisen le od potreb po razpisanih storitvah, kar pomeni, da Državna revizijska komisija ne more izključiti tega, da izvajalec s pridobitvijo izvajanja razpisanih storitev v konkretnem primeru prevzema tudi tveganje povezano s »povpraševanjem«.

Nadalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz zgoraj navedenega 18. člena Odloka izhaja, da se 24 – urna dežurna služba financira iz plačil za storitve, ki jih izvajalec zaračunava uporabnikom v skladu z veljavnim cenikom v svojem imenu in za svoj račun, iz česar izhaja, da so uporabniki izvajalcu storitve zavezani plačati zaračunano storitev. Na podlagi vpogleda v razpisno dokumentacijo in obveznosti naročnika (koncedenta) skladno z Vzorcem pogodbe (13. člen) pa Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz le-te ne izhaja, da naročnik prevzema morebitne neporavnane dolgove uporabnikov in torej ni zavezan zagotavljati nadomestila v primeru neplačil. Ker izvajalec storitve v konkretnem primeru nima zagotovila s strani naročnika, da bo storitve v primeru neplačila uporabnikov poravnal

naročnik, tudi ni mogoče izključiti tega, da izvajalec razpisanih storitev prevzema tveganje plačilne nesposobnosti dolžnikov za opravljene storitve.

Naročnik je v 13. točki I. poglavja razpisne dokumentacije določil način oblikovanja cene glede na dejansko izvedene storitve, in sicer: »[...] Izvajalec najmanj enkrat letno ugotavlja dejansko količino in stroške opravljenih storitev ter izračuna obračunsko ceno. Izvajalec za preteklo obračunsko obdobje ugotovi razliko med potrjeno in obračunsko ceno opravljenih storitev. Ugotovljena razlika med potrjeno in obračunsko ceno glede na dejansko količino opravljenih storitev v preteklem obračunskem obdobju se v elaboratu upošteva pri izračunu predračunske cene za naslednje obdobje. [...], pri čemer ponudnik poda izjavo, da se poračun za prva tri leta izvajanja koncesije v primeru premalo zaračunanih cen storitev javne službe ne izvede, razen, če je odstotek razlike med predračunsko in obračunsko ceno nižji od 5 %. V tem obdobju pa se izvedejo poračuni za preveč obračunane cene. [...] Zadnje oz. predzadnje leto izvajanja koncesije se poračun premalo ali preveč obračunane cene izvede med koncedentom in koncesionarjem, sama razlika pa se vračuna v ceno do uporabnikov v skladu z Uredbo o metodologiji za oblikovanje cen 24-urne dežurne službe.«. Iz česar izhaja, da lahko izvajalec storitev (ob navedenih omejitvah) razliko med potrjeno in obračunsko ceno upošteva pri določanju predračunske cene za naslednje predračunsko obdobje (naslednje leto), vendar navedena (v prvih treh letih tudi omejena) možnost ne zavezuje uporabnikov k poravnavi morebitnega primanjkljaja v naslednjem letu, zaradi česar ni zagotovljene polne garancije za kompenzacijo. Upošteva se navedeno pa niti morebitna višja cena storitev sama po sebi ne bi bila že zagotovilo, da bi izvajalec lahko ustvarjal dobiček ali poravnal razliko v primeru presežka stroškov nad zaračunanimi storitvami, zaradi česar izvajalec storitev prevzema tudi tveganje, da stroškov poslovanja ne bo mogoče pokriti s prihodki.

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da že pod običajnimi pogoji delovanja ni zagotovljeno, da se bodo izvajalcu povrnili stroški, ki nastanejo pri izvajanju razpisanih storitev, iz česar izhaja, da je naročnik na izvajalca prenesel vsaj znaten del tveganja povezanega z izkoriščanjem storitve, ki mu je izpostavljen, kar zadošča za zaključek, da naročnik v konkretni zadevi oddaja storitve za izvajanje koncesije storitev, kot jo določa prva alineja prvega odstavka 26. člena ZJZP in b) alineja 1. točke prvega pododstavka 5. člena Direktive 2014/23, zaradi česar pravno varstvo v predmetnem postopku ni zagotovljeno po 62. členu ZJZP, skladno z določili ZPVPJN.

Ker je Državna revizijska komisija ugotovila, da je narava predmetnega postopka koncesija storitev je v nadaljevanju potrebno ugotoviti, ali le-ta sodi v področje podeljevanja tistih koncesij, za katere se uporablja ZNKP, ki v primeru pravnega varstva prav tako napotuje na uporabo določb ZPVPJN.

ZNKP – kot nakazuje že naslov zakona – ne ureja vseh, temveč zgolj nekatere koncesijske pogodbe za gradnje in koncesijske pogodbe za storitve v skladu z Direktivo 2014/23/EU. Navedeni zakon na eni strani določa pojma koncesije za gradnje in koncesije za storitve (2. člen ZNKP), s čimer opredeljuje področje uporabe zakona, na drugi strani pa določa širok nabor izjem, v primeru katerih se ZNKP ne uporablja (ZNKP od 9. člena do 20. člena).

Le v primeru postopkov podeljevanja tistih koncesij, za katere se ZNKP uporablja, se v skladu s prvim odstavkom 54. člena navedenega zakona za pravno varstvo kandidatov, ponudnikov in javnega interesa v postopkih izbire koncesionarja uporablja ZPVPJN, v skladu s katerim je pravno varstvo zagotovljeno v predrevizijskem postopku, ki poteka pred naročnikom, v revizijskem postopku, ki poteka pred Državno revizijsko komisijo, in v

sodnem postopku, ki na prvi stopnji poteka pred okrožnim sodiščem izključne pristojnosti (smiselno prim. 2. člen ZPVPJN).

ZNKP se skladno z 9. členom uporablja (zgolj) za tiste koncesije oziroma koncesijske pogodbe, katerih ocenjena vrednost brez davka na dodano vrednost (DDV) je enaka ali višja od vrednosti iz prvega odstavka 8. člena Direktive 2014/23/EU (trenutno 5.350.000,00 EUR). To pomeni, da se tudi določbe ZNKP o pravnem varstvu, kot ga ureja ZPVPJN, uporabljajo le za tiste koncesije, ki dosegajo oziroma presegajo navedeni vrednostni prag, ne pa tudi za koncesije, katerih vrednost je nižja od navedenega praga. Drugače povedano: pravno varstvo kandidatov, ponudnikov in javnega interesa v postopkih izbire koncesionarja v okviru ZNKP je mogoče po določbah ZPVPJN uveljavljati zgolj v postopkih podeljevanja tistih koncesij, ki so koncesije gradenj ali storitev v smislu ZNKP in katerih ocenjena vrednost brez DDV je enaka ali višja od mejne vrednosti iz prvega odstavka 8. člena Direktive 2014/23/EU (trenutno 5.350.000,00 EUR), pa še to le v primeru, če uporaba ZNKP ni izključena na podlagi katere od številnih izjem, ki jih določa navedeni zakon.

Kot je Državna revizijska komisija že ugotovila ima obravnavano pravno razmerje naravo koncesije za storitev, ob upoštevanju predhodno pojasnjene bo v konkretnem primeru pravno varstvo v skladu z ZPVPJN (posledično pa tudi pristojnost Državne revizijske komisije) zagotovljeno le, če bo mogoče ugotoviti, da so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- bodoče pogodbeno razmerje je mogoče opredeliti kot koncesijo storitve v smislu ZNKP,
- ocenjena vrednost koncesije oziroma koncesijske pogodbe ni manjša od mejne vrednosti iz 9. člena ZNKP,
- v primeru konkretne koncesije ne gre za eno od izjem, ki jih določa ZNKP in za katere se ta zakon ne uporablja.

Ker je uporaba ZNKP, s tem pa tudi ZPVPJN, v skladu z določbo 9. člena ZNKP izključena v primeru, ko je ocenjena vrednost koncesijske pogodbe brez DDV nižja od vrednosti iz prvega odstavka 8. člena Direktive 2014/23/EU, je Državna revizijska komisija v zvezi z vprašanjem pristojnosti najprej ugotavljala, ali je vrednost bodočega pogodbenega razmerja brez DDV v konkretnem primeru nižja ali pa je morda enaka oziroma višja od 5.350.000,00 EUR.

Državna revizijska komisija je vpogledala v odstopljeno dokumentacijo naročnika in ugotovila, da iz »*Sklepa o ocenjeni vrednosti predmeta javnega naročila*« št. 430-0002/2020-1/1 z dne 6. 1. 2020 izhaja, da je naročnik ocenil vrednost koncesijske pogodbe glede na predvideno oceno količine za posamezno leto upošteva ceno v primerljivih občinah, in sicer tako, da je določil: »*Ocenjena vrednost predmeta javnega naročila v EUR brez DDV znaša 6.996,00€/na leto in je izračunana kot ocena količine za posamezno leto (33 pokojnikov) * povprečna cena dosežena v primerljivih občinah (212,00 € na enoto brez DDV). Koncesija se podeljuje za obdobje deset (10) let. Ocenjena vrednost za celotno obdobje trajanja koncesije znaša: 69.996,00 €.*«

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da upošteva izračun ocenjene letne vrednosti (6.996,00 EUR brez DDV) pomnožene z obdobjem izvajanja koncesije (10 let) ocenjena vrednost koncesijske pogodbe za celotno obdobje znaša 69.960,00 EUR brez DDV in ne 69.996,00 EUR, kot izhaja iz »*Sklepa o ocenjeni vrednosti predmeta javnega naročila*«. Ne glede na navedeno pa Državna revizijska komisija ugotavlja, da nobena od navedenih vrednosti (letna vrednost 6.996,00 EUR brez DDV oziroma ocenjena vrednost za celotno

obdobje trajanja predmetne koncesije (10 let) 69.996,00 EUR brez DDV oziroma 69.960,00 EUR brez DDV), ne dosega oziroma ne presega vrednosti 5.350.000,00 EUR, kolikor znaša vrednosti prag za uporabo ZNKP. Ker gre torej na podlagi navedenega ugotoviti, da ocenjena vrednost koncesijske pogodbe razpisanih storitev ni enaka ali višja od vrednosti iz prvega odstavka 8. člena Direktive 2014/23/EU, tj. 5.350.000,00 EUR, kar je pogoj za uporabo ZNKP, Državna revizijska komisija ugotavlja, da se omenjeni zakon v konkretnem primeru ne uporablja, posledično pa tudi ni zagotovljeno pravno varstvo skladno z določili ZPVPJN.

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija zaključuje, da se pravno varstvo zoper kršitve, ki jih naročniku v postopku podelitve koncesije očita vlagatelj, ne zagotavlja po določbah ZPVPJN, Državna revizijska komisija pa v sporu med vlagateljem in naročnikom ni pristojna odločati. Pravno varstvo v predmetnem sporu je zagotovljeno skladno s 63. členom ZJZP in ne skladno z 62. členom ZJZP ali prvim odstavkom 54. člena ZNKP, zato je Državna revizijska komisija ob smiselni uporabi 18. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN vlagateljev zahtevek za revizijo zavrgla, ne da bi o njem vsebinsko odločala.

S tem je odločitev Državne revizijske komisije iz 1. točke izreka tega sklepa utemeljena.

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo zahteval tudi povrnitev stroškov pravnega varstva. Ker je Državna revizijska komisija zahtevek za revizijo zavrgla, tretji odstavek 70. člena ZPVPJN pa povrnitev potrebnih stroškov veže na utemeljenost zahtevka za revizijo, je bilo potrebno zavrniti zahtevo vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva.

S tem je odločitev Državne revizijske komisije iz 2. točke izreka tega sklepa utemeljena.

V Ljubljani, 28. 4. 2020

Predsednica senata:
Tadeja Pušnar, univ. dipl. prav.,
članica Državne revizijske komisije

Vročiti:

- Občina Komenda, Zajčeva cesta 23, 1218 Komenda,
- POGREBNIK, pogrebne storitve Dvorje, d.o.o., Dvorje 13, 4207 Cerklje na Gorenjskem,
- Komunalno podjetje Kamnik d.o.o., Mekinje, Cankarjeva cesta 11, 1241 Kamnik,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo, Tržaška cesta 21, 1000 Ljubljana.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.